

IL PASSATO, IL PRESENTE, IL FUTURO RILEGGENDO IL DIRITTO POSITIVO CON METODO STORICO

a cura di
Massimo D'Auria, Gabriella Gimigliano, Nicola Vizioli


**Pacini
Giuridica**

Le pubblicazioni nella collana sono subordinate alla valutazione di *blind referees*.

© Copyright 2015 Pacini Editore - Pisa

ISBN 978-88-6315-940-0

Realizzazione editoriale



Via A. Gherardesca
56121 Ospedaletto (Pisa)

Rapporti con l'Università
Lisa Lorusso

Fotolito e Stampa
IGP Industrie Grafiche Pacini

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, co. 4, della legge 22 aprile 1941 n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFEDILIT, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000. Le riproduzioni per uso differente da quello personale sopracitato potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dagli aventi diritto.

<i>Dal diritto di punire al dovere di educare, di Elena Bindi</i>	7
1. Premessa: la gestazione italiana del reato di negazionismo	7
2. La verità della storia come oggetto di tutela penale	10
3. (segue) La giurisprudenza Edu e la distinzione tra fatti storici chiaramente accertati e fatti oggetto ancora di dibattito	11
4. Reati d'opinione e principi dello Stato di diritto	16
5. Conclusioni: dal diritto di punire al dovere di educare.	19

<i>Titoli legittimi di interesse e contratti di società nell'Europa globalizzata dell'Età Moderna, di Luisa Brunori</i>	23
1. La diffusione e l'influenza sul diritto moderno del sistema di diritto privato elaborato dalla Seconda Scolastica	24
2. Il contributo della Seconda Scolastica alla nascita del moderno diritto commerciale	29

<i>Nullità e potere d'ufficio del giudice, di Massimo D'Auria</i>	39
1. Nullità e potere d'ufficio: i limiti	39
2. Il codice del 1865 ed il pensiero di Japiot.	41
3. Il rilievo d'ufficio in favore del consumatore	43
4. Il regime speciale di nullità: critica.	44
5. Il ruolo del consumatore	46
6. Nullità e processo	48
7. Nullità strutturali e funzionali.	50
8. Conseguenze sul rilievo d'ufficio	51
9. Conclusione: metodo storico e logica dell'integrazione.	53

<i>Ragioni storiche e perduranti dubbi circa la fondatezza di alcuni casi di esclusione da fallimento e concordato preventivo, di Leonardo Giani</i>	57
1. Premessa e delimitazione del campo d'indagine	57
2. Storia dell'esclusione da fallimento e concordato di imprenditori agricoli e piccoli	59
3. Critiche all'esclusione da fallimento e concordato di imprenditori agricoli e piccoli	62
4. Riflessioni circa il nuovo trattamento della crisi di imprenditori agricoli e piccoli	65
5. Conclusioni	69

<i>Il deposito di titoli in amministrazione: una chiave storica di lettura, di Gabriella Gimigliano</i>	71
1. Il caso del deposito amministrato	71

2. Il Collegio di Coordinamento ABF e l'inquadramento del deposito amministrato	75
3. Un'ipotesi ricostruttiva di taglio storico	78
4. (segue) Un'ipotesi ricostruttiva di taglio storico e l'allocazione della competenza	81

A proposito di storia, critica e dogmatica del diritto civile.

<i>Uno sguardo sul ruolo e sulla formazione del giusprivatista (e forse non solo),</i> di Mauro Grondona	85
1. Premessa	85
2. I problemi in campo	88
3. L'approccio interdisciplinare al diritto: un vecchio problema sempre aperto.	90
4. Per una interdisciplinarietà «prescrittiva»	93
5. Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza	96
6. Il problema della formazione del giurista	100

Storia e diritto nelle leggi che definiscono il popolo di Israele,

di Gianmaria Milani	103
1. Introduzione	103
2. Popolo, storia e diritto	104
3. La storia e le fonti del diritto israeliano	106
4. Cittadinanza e immigrazione in Israele tra storia e diritto	108
5. Conclusioni	115

*Il cammino accidentato dell'autonomia negoziale nel diritto fallimentare:
l'ascesa del contratto come "via di fuga" dal fallimento,*

di Ivan Libero Nocera	117
1. Il contratto per la gestione negoziale della crisi d'impresa.	117
2. Il mutamento di prospettiva: dalla liquidazione alla conservazione dell'impresa	118
3. La gestione negoziale della crisi d'impresa	121
4. L'autonomia privata e insolvenza nel codice di commercio	124
5. Il concordato stragiudiziale	128
6. L'incontro virtuoso tra autonomia e insolvenza	132
7. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti come contratto di diritto privato	132
8. Conclusioni	135

*Metodo storico, storia di un metodo: stagioni e "mode" della semplificazione
normativa in Italia,* di Fabio Pacini

1. Premessa: complessità e confini della semplificazione	137
2. Dagli albori al "Rapporto Giannini"	139
3. L'estensione del dibattito: i tempi cambiano, i dogmi s'incrinano	141
4. Dagli anni Novanta all'ultima (per ora?) legge di semplificazione	144
5. Gli sviluppi più recenti, tra finte ordalie e prospettive incerte	146

*Il tempo della storia e il diritto. La famiglia tra le persistenze del "giuridico"
e l'eterno divenire del "sociale",* di Paolo Passaniti

1. Premessa	151
2. Il diritto di famiglia tra passato e presente	154
3. Tra Codice e Costituzione, tra diritto e costume: l'adulterio va in soffitta	157

*Note sulla storia della legislazione in materia di banche popolari: dal Codice
di commercio al TUB,* di Giovanni Romano

1. Introduzione	165
2. La fase d'impianto delle Banche popolari e delle Casse rurali sotto il c.comm. 1882.	168
3. Le cooperative di credito nelle leggi bancarie del '26 e del '36	169
4. La cooperazione di credito tra c.c. '42 e legislazione speciale	177
5. Cenni sulla disciplina delle Banche popolari nel Tub.	184
6. Osservazioni (non) conclusive: la ricerca storica a sostegno di un rinnovata prospettiva nello studio giuridico dell'architettura istituzionale dell'ordinamento bancario ...	185

La determinazione giudiziale del metodo storico corretto, di Irene Spigno

1. La "giuridificazione della storia" nelle normative antinegazionismo	189
2. L'elaborazione giudiziale del metodo storiografico corretto	192
3. Le argomentazioni costituzionali a difesa della libertà di ricerca storica nella pronuncia del <i>Tribunal Constitucional</i> 235/2007	196
4. Come ricordare senza "giudicare"?	200

Elenco degli autori

203

Il cammino accidentato dell'autonomia negoziale nel diritto fallimentare: l'ascesa del contratto come "via di fuga" dal fallimento

di Ivan Libero Nocera

SOMMARIO: 1. Il contratto per la gestione negoziale della crisi d'impresa. – 2. Il mutamento di prospettiva: dalla liquidazione alla conservazione dell'impresa. – 3. La gestione negoziale della crisi d'impresa. – 4. L'autonomia privata e insolvenza nel codice di commercio. – 5. Il concordato stragiudiziale. – 6. L'incontro virtuoso tra autonomia e insolvenza. – 7. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti come contratto di diritto privato. – 8. Conclusioni.

I. IL CONTRATTO PER LA GESTIONE NEGOZIALE DELLA CRISI D'IMPRESA.

La tendenza alla conservazione dell'impresa insolvente e la sempre maggiore dilatazione dell'autonomia privata trovano un punto d'incontro nel nuovo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti delle imprese in crisi, introdotto nella disciplina fallimentare dal d.l. n. 35 del 2005 all'art. 182-*bis* e successivamente riformato dal d.lgs. n. 169 del 2007, dal d.l. n. 78 del 2010, nonché, da ultimo, dal d.l. n. 83 del 2012 (c.d. Decreto Sviluppo)¹.

Tale istituto rappresenta uno strumento di gestione negoziale della crisi dove il giudice si limita ad apporre un "sigillo di qualità" ad un accordo già perfezionato dalle parti, se, in assenza di opposizioni fondate, riscontra il rispetto di determinati requisiti: il consenso con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento del passivo; la documentazione indicata dall'art. 161 l. fall.; la relazione di attuabilità dell'accordo redatta da un professionista con particolare riferimento all'idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo².

Lo strumento degli accordi di ristrutturazione, considerato nella sua collocazione sistematica, costituisce un fecondo oggetto di studio. Tale istituto si

¹ Sugli accordi di ristrutturazione come riformati dalle recenti novelle si veda su tutti VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012.

² Si considerano dunque tali requisiti come condizioni dell'omologazione dell'accordo e non presupposto ovvero elemento dello stesso come invece sostiene LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Il Fall.*, 2008, p. 995.

configura, al pari dei concordati stragiudiziali, come un ordinario contratto di diritto privato a formazione progressiva, soggetto dunque alla disciplina del codice civile³. Questa *figura iuris* presenta un momento giudiziale nell'accertamento della sussistenza di determinati requisiti di affidabilità funzionali al fine di ricevere l'*imprimatur* dell'omologazione da parte del Tribunale, necessario per la produzione degli effetti relativi ai creditori rimasti estranei all'accordo, ovvero l'esenzione dalla revocatoria degli atti del debitore posti in essere in esecuzione dell'accordo.

Il negozio giuridico assume quindi le vesti di una componente essenziale per la soluzione della crisi dell'impresa.

2. IL MUTAMENTO DI PROSPETTIVA: DALLA LIQUIDAZIONE ALLA CONSERVAZIONE DELL'IMPRESA.

La disciplina che risulta dalle ultime riforme fallimentari appare fortemente caratterizzata in senso privatistico. Tale elemento che qualifica il nuovo diritto della crisi d'impresa segna una chiara inversione di tendenza rispetto alla tradizionale impostazione autarchica e paternalistica che connotava invece l'originaria versione della legge fallimentare del 1942.

Infatti, la normativa coeva al codice civile era, come questo, espressione della concezione corporativa che predicava l'intervento pubblico nell'economia e operante in un contesto economico connotato dalla presenza predominante di piccole imprese individuali in cui il capitale reale tendeva a coincidere con quello di credito – era ancora fortemente impregnata dal carattere sanzionatorio che tradizionalmente caratterizzava il soggetto fallito. Quest'ultimo era considerato «male infettivo da circoscrivere (...) e distruggere secondo un interesse supremo e statuale alla tutela dell'economia e del credito»⁴. Di conseguenza, era necessario l'immediato spossessamento, in particolare dei beni aziendali, e la preclusione di ogni potere d'influenza sulle modalità di compimento della liquidazione.

La finalità delle procedure concorsuali era prettamente identificata nella garanzia del soddisfacimento delle pretese creditorie tramite la liquidazione dell'impresa e del patrimonio del debitore. A questa corrispondeva però, indirettamente, la soddisfazione dell'interesse dello Stato alla tranquillità dei traffici

³ Sulla natura contrattuale dell'istituto si vedano Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, p. 187; PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, in *Il Fall.*, 2006, p. 188; MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 307.
⁴ Così D'AVACK in *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940, p. 25.

e del mercato, affinché le risorse aggregate nell'impresa fallita potessero essere utilizzate in impieghi più produttivi.

Il perseguimento dello scopo di tutela del ceto creditorio attraverso la liquidazione ha limitato anche l'applicazione dell'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento. Non si consentiva a soggetti terzi di intrattenere rapporti con l'impresa in crisi, preferendo distruggere di fatto la ricchezza aziendale cessandone l'attività. Lo scopo essenzialmente liquidatorio era, infatti, reputato quale fattore di equilibrio del mercato, che, una volta eliminata l'impresa "contaminata", poteva continuare ad essere ispirato alla regola della concorrenza.

La disciplina è stata dunque per molti lustri segnata da una procedura sanzionatoria di realizzazione della responsabilità patrimoniale, espressione di una visione di Stato "giudice-amministratore", che mirava a soddisfare le pretese creditorie all'interno, tuttavia, di un quadro d'interesse macroeconomico diretto a una nuova riallocazione del capitale⁵.

In seguito alla maggiore diffusione e implementazione di forme organizzative quali le società per azioni, alla ricorrenza di periodi di recessione economica e alla perdita di omogeneità del ceto creditorio (con la sempre maggiore rilevanza delle aziende dell'indotto), è emerso, accanto all'imprenditore, l'impresa in quanto tale, come attività economica organizzata. Questa era rimasta sullo sfondo normativo, come conferma la circostanza che lo stesso codice civile, coevo alla legge fallimentare, concentra maggiore attenzione alla disciplina dei diritti reali e del possesso, rispetto ai fenomeni della finanza e dell'impresa, la quale non viene neppure definita come concetto in sé.

L'interesse alla tutela dei creditori, da un lato, e l'interesse pubblico ad evitare la perdita di posti di lavoro, dall'altro, sono stati spesso ritenuti antitetici. Tuttavia, è opportuno evidenziare come tra i suddetti interessi non sia inevitabile un rapporto disacratico, potendo verificarsi l'ipotesi in cui l'impresa sia dotata di valore di avviamento senza necessità di una ristrutturazione industriale. Di conseguenza, tramite la continuazione dell'attività di impresa si soddisfa l'esigenza del ceto creditorio alla monetizzazione del suo valore di avviamento, mantenendo al contempo i posti di lavoro dei dipendenti. Pertanto, è stato affiancato alla liquidazione, fino ad allora scopo unico della disciplina fallimentare, l'obiettivo della conservazione e del ricollocamento nel mercato del complesso produttivo per mezzo della definizione delle pretese dei creditori, nell'auspicio che ciò possa avere effetti positivi a livello economico.

Giova comunque ricordare come il legislatore italiano anche nella vigenza

⁵ In proposito si veda PACCHI PESUCCI, *La posizione dei creditori nella legge di riforma italiana*, in RAGUSA MAGGIORE e TORTORICI, a cura di, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa. Prospettive di riforma*, Padova, 2002, p. 430.

dei codici ottocenteschi non si fosse rivelato sordo alla possibilità di una "via di fuga" dal fallimento. Infatti, oltre a prevedere timidi esempi di soluzioni negoziali quali la moratoria (che si approfondirà nei successivi paragrafi), aveva mostrato interesse per l'esdebitazione, tramite il pagamento in percentuale dei crediti dell'imprenditore non più *in bonis* ma in una situazione di dissesto temporaneo, con l'introduzione dell'istituto del concordato preventivo, attuato con le leggi n. 197 del 1903, n. 473 del 1925, n. 995 del 1930.

Nell'applicazione pratica il concordato aveva tuttavia perso l'iniziale finalità conservativa rivelandosi un mezzo utilizzabile dal debitore per superare la crisi e soddisfare i creditori con la cessione dei beni, giacché altrimenti non avrebbe ottenuto il consenso del ceto creditorio.

In occasione della crisi della cultura liberale classica si incrementa l'interesse alla conservazione dell'impresa. Nondimeno, la successiva legge fallimentare di cui al r.d. n. 267 del 1942, recependo le indicazioni della prassi, introduce quindi la *cessio bonorum*, senza far riferimento all'esigenza di tutelare la continuazione dell'impresa, considerata al massimo mero strumento, privilegiando invece l'interesse dei creditori come fine primario della procedura⁶.

Con la prevalenza di un modello di impresa in cui si osserva rispetto al capitale di rischio una netta preponderanza di capitale di credito nonché la maggiore rilevanza dei beni immateriali, si assiste ad una "esternalizzazione del rischio", giacché in caso di fallimento il costo dell'attività di rischio grava sul capitale di credito. Ciò, insieme alla forte esigenza pubblica di garantire la conservazione di livelli occupazionali, ha contribuito al passaggio da una visione meramente patrimonialistica ad una prospettiva funzionalistica e sociale dell'impresa, compiuta dalla c.d. legislazione di salvataggio iniziata negli anni settanta.

Si mutava così la gerarchia degli interessi, tentando di perseguire in via preferenziale il salvataggio dell'impresa, intesa questa come valore di interesse anche collettivo e pubblico.

Nondimeno, questo corpo normativo, senza effettuare una riforma radicale della disciplina concorsuale, era diretto al mantenimento in vita delle sole imprese di grandi dimensioni, spesso anche contro l'interesse dei creditori, allocando sulla collettività il costo del risanamento dell'impresa in dissesto.

Il sistema economico, sempre più articolato e in rapida evoluzione, avvertiva l'esigenza di regole flessibili finalizzate non solo alla soddisfazione dei creditori, ma, soprattutto, al risanamento dell'impresa mediante il ritorno *in bonis* dell'imprenditore, ovvero, qualora ciò non fosse possibile, dirette a tentare la conservazione collocando i complessi aziendali presso terzi.

⁶ Cfr. in proposito Cass., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Il Fall.*, 1991, p. 1248, con nota di PANZANI.

A tal fine, si è reso necessario un ampio mutamento di regole sfociate nella c.d. stagione delle riforme fallimentari. Queste hanno impresso una notevole modernizzazione alle procedure concorsuali, rese ancora più urgenti da importanti scandali finanziari all'inizio degli anni duemila (Volare Web, Cirio, Parmalat). Gli obiettivi che il legislatore della riforma ha tentato di perseguire sono: la riduzione dei costi e dei tempi delle procedure, una più tempestiva emersione della crisi, e, appunto, l'implementamento dell'autonomia delle parti nella gestione della crisi e la continuazione dell'attività d'impresa.

3. LA GESTIONE NEGOZIALE DELLA CRISI D'IMPRESA.

Come detto, la costruzione di tale "secondo binario" della disciplina delle procedure concorsuali, ovvero l'affermazione della "cultura del salvataggio" accanto alla finalità liquidativa, costituisce uno dei tratti essenziali della normativa fallimentare dopo le riforme della seconda metà degli anni 2000, unitamente all'ampliamento del raggio dell'autonomia privata in ambito concorsuale. Questa, declinata come autonomia negoziale dei soggetti coinvolti nella composizione della crisi, costituisce il perno della nuova disciplina di gestione dell'insolvenza.

La disciplina si mostra dunque profondamente rivoluzionata, in quanto si è sostituita ad una normativa "monocentrica", imperniata sul procedimento di liquidazione collettiva del patrimonio del debitore-imprenditore, una sistematica "pluricentrica" che traborda i tradizionali argini della legge fallimentare e delle sue categorie per comprendere concetti di portata innovativa, come la crisi d'impresa, termine emancipato dal suo alveo naturale economico-aziendale e oramai divenuto patrimonio giuridico.

Le recenti novelle alla disciplina fallimentare hanno comportato, infatti, un radicale mutamento di prospettiva da parte del legislatore, una sorta di rivoluzione kantiana al contrario, che pone l'oggetto-impresa, più che il soggetto imprenditore al centro della disciplina del nuovo diritto della crisi d'impresa. In altre parole, la finalità dell'ordinamento è maggiormente volta a preservare il valore dell'impresa in sé, a prescindere dal soggetto imprenditore che la gestisce.

Tale radicale trasformazione ha reso necessaria un'inversione d'impostazione rispetto al quadro normativo previgente, con un approccio alla crisi che mostra il fallimento essenzialmente come un'opzione dei creditori, i quali, ribaltando l'impostazione di tipo autarchico e paternalistico, assurgono a protagonisti attivi della crisi, con un aumento dello spazio di esercizio della loro autonomia,

cui corrisponde il simmetrico ridimensionamento dei poteri gestori del giudice⁷.

L'obiettivo della disciplina è dunque quello di bilanciare gli interessi contrapposti dell'imprenditore in difficoltà con quelli dei creditori, fornendo gli strumenti giuridici finalizzati a rimuovere non tanto la crisi, *strictu sensu* intesa, quanto i suoi effetti sul piano finanziario. Tale concezione relazionale e influenzata da comportamenti soggettivi segna dunque il superamento del c.d. dogma dell'insolvenza, stabilendo la possibilità che quest'ultima sia rimessa al governo dell'autonomia privata⁸.

Si afferma quindi un nuovo concetto a metà strada tra insolvenza civile e commerciale, che vale a unificare il sistema nell'intersezione tra la disciplina dell'atto e dell'attività: la nozione di crisi, mancante di tradizione giuridica e pertanto meno impegnativo, che sposta l'obiettivo dal soggetto all'attività, in quanto predicato di quest'ultima (a differenza del termine "insolvenza" che è invece predicato del soggetto), cogliendo dinamicamente la tendenza della situazione economica dell'impresa.

Il sistema complessivo che risulta in generale dall'ordinamento dunque, sebbene le riforme alla disciplina concorsuale siano state attuate con novelle ed una parziale abrogazione, innova radicalmente le finalità dei procedimenti concorsuali per la tutela del credito. Si tenta, infatti, di appagare l'esigenza di apporare soluzioni efficienti, idonee al rapido superamento del dissesto dell'impresa nell'interesse dei creditori, con la possibilità di conservare gli organismi risanabili, in un quadro di economia di mercato.

La continuazione dell'attività d'impresa può consentire di mantenere sul mercato il debitore, di conservare il complesso aziendale salvaguardando il suo avviamento, oltre che permettere il pagamento di una maggiore quota di debito con gli utili originati dall'ordinario esercizio, senza che la notizia dell'apertura di procedure concorsuali possa provocare la fine della rete di rapporti che "a monte" e "a valle" reggono l'azienda produttiva.

Nella normativa fallimentare novellata sono state introdotte varie modalità attraverso le quali, con l'espansione dell'autonomia privata in varie gradazioni, si consente di addivenire alla conservazione dell'impresa per mezzo della c.d. ristrutturazione dei debiti, a seconda della gravità della crisi: l'accordo "proce-

⁷ Si veda in merito DI MARZIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in AMBROSINI, a cura di, *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma «organica» al decreto «correttivo»*, Bologna, 2008, p. 488. È opportuno comunque osservare come nel codice di commercio del 1882 si riconosceva ai creditori il potere di chiedere la sostituzione del curatore nominato dal Giudice (art. 719), e di nominare la delegazione di sorveglianza (art. 723).

⁸ Si vedano in proposito le riflessioni di ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Il Fall.*, 2009, p. 1030; ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* ("o di ristrutturazione dei debiti d'impresa"), in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 371.

dimentalizzato" con creditori a contenuto libero, previsto dal nuovo concordato preventivo⁹, gli accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis, il piano attestato di risanamento dell'impresa di cui all'art. 67, co. 3, lett. d).

Si ricava, dunque, una disciplina per la composizione negoziale della crisi d'impresa o meglio un sottosistema che offre un ventaglio di strumenti in cui, in una sorta di "scala di grigi", si osserva un graduale ridursi della componente procedurale e del ruolo dell'Autorità giudiziaria cui corrisponde un ampliamento della latitudine riservata all'autonomia privata¹⁰. È ovvio come, benché la tendenza evidenziata dalle recenti riforme sia quella di un ampliamento delle soluzioni negoziali alla crisi, più che una contrapposizione, si riscontri una complementarità tra i vari strumenti offerti dall'ordinamento, in ragione della concreta situazione in cui versa l'impresa determinata.

In tale contesto di accentuazione della negoziabilità degli interessi collegati con la situazione di crisi, si osserva un nuovo rapporto tra contratto e crisi d'impresa che si concreta nella promozione del paradigma contrattuale funzionale alla composizione negoziale dell'insolvenza. Vi è dunque un incontro virtuoso tra la disciplina del diritto civile, la quale presenta un articolato di tutele concepite per essere esperite nel contesto atomistico del rapporto obbligatorio, e le esigenze dell'attività economica d'impresa che immancabilmente si declina in un ambito pluralistico di interessi, valorizzando l'incrocio tra il sistema normativo dell'atto e dell'attività. Si origina, quindi, una nozione di "contratto sulla crisi d'impresa" che comprende tutti gli accordi stipulati fra l'impresa e i suoi creditori¹¹.

Il contratto costituisce un metodo "neutro" di composizione degli interessi in conflitto, ovvero non preordinato negli esiti finali, in quanto qualsiasi assetto di interessi reputati meritevoli di tutela può essere dedotto in contratto. Quindi, mentre la disciplina tradizionale perseguiva la liquidazione del patrimonio, la nuova normativa, per mezzo dello strumento contrattuale, asseconda la soluzione che in concreto le parti ritengono economicamente più efficiente al fine di risolvere la crisi dell'impresa nel senso della sua liquidazione o conservazione. È ovvio, tuttavia, come la mancata previsione di un esito aprioristicamente privilegiato rende inevitabilmente maggiori, rispetto al precedente regime, le possibilità di optare per la soluzione conservativa.

L'istituto, disciplinato dall'art. 182-bis l. fall., degli accordi di ristruttura-

⁹ Tra i numerosi contributi in tema valga richiamare AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO, *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2008.

¹⁰ Per un approfondimento in merito si rinvia alle riflessioni di COSTANTINO, *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, in DI MARZIO e MACARIO, a cura di, *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 209.

¹¹ Esplicitamente sul contratto sulla crisi d'impresa si veda VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, cit., p. 233.

zione dei debiti dell'impresa in crisi rappresenta una sicura opportunità per l'imprenditore e per i creditori, i quali possono creare un contratto di diritto privato a cui il legislatore assicura un trattamento privilegiato. Tale figura costituisce uno strumento snello e maggiormente adatto alle crisi con una notevole concentrazione del debito rispetto a soggetti sufficientemente competenti nella gestione del rischio ed attrezzati in modo da essere in grado di disporre delle informazioni rilevanti, e di prevenire il rischio di perdita ammortizzandolo.

4. L'AUTONOMIA PRIVATA E INSOLVENZA NEL CODICE DI COMMERCIO.

Si rivela utile un esame "archeologico", "scavando" nella normativa anteriore, in quanto spazi di autonomia contrattuale al fine di evitare il fallimento erano già riconosciuti nei codici ottocenteschi, dove il presupposto oggettivo non era ancora lo stato d'insolvenza, introdotto nel 1942, ma l'inadempimento.

Nell'antico codice di commercio del 1865 era stato reso obbligatorio il tentativo di concordato, lasciando «all'iniziativa individuale, di chi può avervi interesse, il provocare la convocazione per trattare del concordato, quando siavi probabilità di successo» (art. 615). L'obbligatorietà dell'esperimento concordatario, comportando spesso solo inutili ritardi, veniva meno con il codice del 1882 dove la procedura giudiziale era prevista come inevitabile. Infatti, benché si promuovesse comunque l'esperimento di concordati stragiudiziali in ogni stadio della procedura, su iniziativa del curatore, dei creditori o del fallito, si affermava come «la speranza di ottenerlo non deve mai essere di ostacolo al corso regolare della procedura giudiziale di fallimento»¹². Tali accordi erano dunque diffusi pur costituendo una «arruffatissima matassa»¹³ per l'interprete che, nel silenzio del legislatore, era chiamato a confrontarsi con tali forme spontanee di regolazione.

L'abrogazione del tentativo obbligatorio di concordato, considerato d'intralcio alla celerità della procedura, veniva bilanciata con l'introduzione all'art. 825 del nuovo istituto dell'accordo amichevole, poi abrogato dalla legge n. 197 del 1903. Si trattava di una figura prevista nell'ambito della disciplina della moratoria di cui all'art. 819 e ss., prevista per crisi d'impresa ritenute reversibili¹⁴. Infatti, si considerava il dissesto come uno squilibrio temporaneo fra attività liquide e passività scadute.

¹² Così VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, Milano, 1900-1908, n. 8080, p. 596.

¹³ In tal senso ancora VIDARI, *Corso di diritto commerciale*¹⁰, Milano, 1898, p. 5.

¹⁴ In generale sulla moratoria si vedano BOLAFFIO, *Alcune questioni sull'istituto della moratoria*, in *Mon. trib.*, 1886, p. 945; MARTINI, *Della moratoria*, Roma, 1890.

La moratoria rappresentava una figura molto simile agli attuali accordi di ristrutturazione dei debiti in quanto si trattava sostanzialmente di un accordo stragiudiziale finalizzato a superare il dissesto.

Qualora il fallito fosse stato in grado di dimostrare con valide prove che la cessazione dei pagamenti fosse stata dovuta ad avvenimenti straordinari ed imprevedibili o scusabili, ed inoltre che l'attivo del suo patrimonio superasse il passivo, l'Autorità giudiziaria, dopo un'indagine di fatto, concedeva al debitore in accordo con i propri creditori una dilazione del fallimento o la sospensione dell'esecuzione della sentenza di fallimento per un periodo massimo di sei mesi. Tuttavia, il debitore era obbligato a soddisfare l'intero proprio ceto creditore, infatti dopo la convocazione dei creditori, una volta ritenuta ammissibile la domanda di moratoria, il Tribunale accordava al debitore, considerando il voto espresso dalla maggioranza dei creditori, un termine non superiore a sei mesi al fine di procedere al pagamento di tutti i debiti scaduti.

Si riconosceva, quindi, all'accordo, previa omologazione da parte del Tribunale, la stessa efficacia del concordato preventivo quanto alla chiusura del fallimento, nel caso in cui il debitore avesse ottenuto il consenso dei creditori pari ad almeno i tre quarti del passivo e l'assunzione dell'obbligo da parte dei creditori aderenti di risolvere insieme con il debitore le conseguenze di ogni lite con i dissenzienti, provvedendo se necessario anche all'intero pagamento dei loro crediti¹⁵. Inoltre, l'art. 824 prevedeva, dopo l'ottenimento della moratoria, il divieto di intraprendere nei confronti del debitore ogni azione esecutiva da parte dei creditori, senza tuttavia che si assegnasse a tale proibizione un'efficacia retroattiva.

Tuttavia, nel codice di commercio del 1882 era presente un istituto che rappresentava una sicura innovazione, essendo ignoto alla tradizione transalpina della quale il nostro legislatore rimaneva debitore¹⁶. Era infatti contemplata una forma stragiudiziale di concordato detta "amichevole" o "individuale", in quanto stipulato con ciascuno dei creditori intervenuti nel fallimento. La regolamentazione di tale convenzione era interamente lasciata alla libera autonomia privata, in ossequio alle regole generali sui contratti e sulle obbligazioni, potendo essere concluso anche solo con alcuni creditori, qualora fosse stato stipulato prima della declaratoria di fallimento.

Nel caso in cui invece fosse stato raggiunto dopo questa, una volta coinvolta la collettività dei creditori, pur seguendo le regole di diritto comune, era soggetto

¹⁵ Per un'approfondita analisi sul concordato stragiudiziale nel codice di commercio del 1882 si veda FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, p. 45; e MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure fra otto e novecento*, in DI MARZIO e MACARIO, a cura di, *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 161.

¹⁶ Esplicitamente in tal senso BONELLI, *Del fallimento*, in ANDRIOLI, a cura di, *Commentario al cod. comm.*, VIII, Milano, 1923, 666, n. 716.

alle garanzie del fallimento in quanto funzionale alla chiusura della procedura, applicandosi ove compatibile la disciplina del concordato giudiziale. Il codice prevedeva unicamente quest'ultima forma di concordato amichevole successivo alla dichiarazione di fallimento, stabilendo che «in ogni stadio della procedura di fallimento può aver luogo un concordato tra il fallito ed i suoi creditori, se tutti vi acconsentano» (art. 830). Nondimeno, era rimesso all'autonomia contrattuale il contenuto delle singole pattuizioni, potendo dunque essere previsto un trattamento diverso e diseguale tra i vari creditori.

Nell'ordinamento italiano emergeva già, dunque, la considerazione della giurisdizione quale fattore di possibile inefficienza: il giudice, infatti, interveniva unicamente non per dare efficacia ad un contratto privato, di per sé già perfetto ed efficace, ma per terminare la procedura di fallimento e reimmettere il fallito nella piena amministrazione del proprio patrimonio. Il codice di commercio, tuttavia, assegnava al giudice delegato per tutte le operazioni non eseguite dal curatore una sorta di potere di veto (art. 728), il cui potere di direzione fu accentuato dalla legge n. 995 del 1930.

L'autonomia privata era esaltata e promossa nell'ambito fallimentare, campo tradizionalmente ad essa alieno. La dottrina era concorde nel considerare il concordato amichevole un contratto di diritto privato, essendo bensì divisa sulla specifica natura giuridica contrattuale da attribuirgli. Infatti, per Bonelli si componeva di «un complesso di accordi modificativi o estintivi dei singoli rapporti di obbligazione già esistenti tra il fallito e ciascuno dei creditori»¹⁷, mentre per Vidari si trattava di un «contratto bilaterale *sui generis*, commerciale, stragiudiziale, per cui, da una parte, i creditori rimettono volontariamente al debitore una porzione de' suoi debiti, e dall'altra, si nova la obbligazione di prima per la residua parte non rimessa, sostituendo alla causa primitiva una nuova causa di debito»¹⁸.

Accanto al concordato amichevole vi era il concordato c.d. giudiziale o di massa, stipulato tra il fallito con la massa collettiva dei creditori, in seguito ad una delibera assunta a maggioranza nell'assemblea di questi ultimi (art. 833). La legittimazione a convocare i creditori al fine di valutare una proposta di concordato era individuata in capo al fallito, alla delegazione dei creditori e ad alcuni creditori in rappresentanza di almeno un quarto dei crediti. Il giudice procedeva dunque alla convocazione in adunanza di tutti i creditori insinuati ed ammessi, in modo tale da raggiungere la maggioranza sia di teste che di valore necessaria per perfezionare validamente il concordato che avrebbe avuto effetti *erga omnes*.

¹⁷ Così ancora BONELLI, *Del fallimento*, cit., VIII, Milano, 1923, 666, n. 716.

¹⁸ In tal senso VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, cit., n. 8309, p. 3.

Tuttavia, era riconosciuto ai creditori non aderenti il diritto di avanzare opposizione al concordato entro otto giorni dalla chiusura del processo verbale o dalla scadenza del termine concesso dal giudice delegato, qualora avessero reputato lesi i loro interessi (art. 836). In assenza di opposizioni il concordato era omologato dal giudice e dunque reso vincolante per tutti i creditori, compresi coloro che non avevano preso parte all'adunanza. Anche in tal caso si trattava di un contratto in cui il giudice svolgeva una funzione meramente dichiarativa e di controllo. L'omologa giudiziale produceva l'effetto di far cessare lo stato di fallimento con la conseguente decadenza degli organi e lo scioglimento della massa, consentendo al fallito, in seguito alla chiusura della procedura, di rientrare in possesso dell'amministrazione del patrimonio e della piena capacità d'agire.

La dottrina spiegava l'efficacia vincolante verso tutti i creditori in ragione della formazione ad opera dei creditori di una comunione qualificata, caratterizzata dall'obbligo di esercitare collettivamente e contemporaneamente i loro diritti personali e reali fino al termine della procedura di fallimento¹⁹. In tal modo, poiché si individuava in capo ai creditori una volontà collettiva derivante dalla deliberazione della maggioranza assembleare, sempre secondo tale autorevole dottrina, si assisteva alla stipula di un contratto bilaterale tra il debitore e la collettività dei creditori²⁰.

Come anticipato, la legge del 1903 sul concordato preventivo ha abrogato la disciplina della moratoria e del suddetto art. 825 del codice di commercio, che non avevano avuto grande diffusione derivante dall'onere richiesto al debitore e alla non chiara regolamentazione.

Nonostante ciò la forma di «autodifesa privata»²¹ del concordato stragiudiziale, stipulato dal debitore con i creditori *uti singuli* e vincolante i soli aderenti, si presentava talvolta come un concordato con *cessio bonorum*, attuato mediante un mandato irrevocabile a uno o più creditori, i quali si assumevano l'onere di realizzare le attività e di tacitare gli altri a stralcio oppure integralmente. Tuttavia, tale contratto, considerato una *cessio in solutum*, poteva dirsi efficace solo quando la cessione era accettata da tutti i creditori e risolutivamente condizionato nel caso di successiva decozione, in quanto subordinato al non verificarsi dei presupposti del fallimento²².

La moratoria venne tuttavia reintrodotta nel 1915 al solo scopo di far fronte alle insolvenze causate dallo stato di guerra, considerato quale caso di forza

¹⁹ In tal senso ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., p. 152, il quale individua la presenza di un organo consultivo e ispettivo quale la delegazione dei creditori, e di un organo deliberativo quale l'assemblea dei creditori in modo da promuovere l'interesse comune.

²⁰ *Ibidem*, p. 167.

²¹ Così PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, p. 2755.

²² Cfr. App. Bologna, 15 dicembre 1931, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, p. 97.

maggiore ai sensi dell'art. 1226 del codice civile allora imperante²³. Il beneficio della moratoria veniva accordato secondo il prudente apprezzamento del giudice, a prescindere dal parere espresso dai creditori.

L'istituto giuridico fu in seguito definitivamente ripristinato nel 1921, più che per rimediare ai problemi della riconversione della produzione bellica, allo scopo di comporre il dissesto della Banca Italiana di Sconto, suscitando non poche critiche in dottrina²⁴.

5. IL CONCORDATO STRAGIUDIZIALE.

Con l'imperio della normativa fallimentare del 1942 – intrisa del pesante paternalismo dell'epoca corporativa e della concezione gentiliana dello Stato etico, basata a sua volta sulla primazia dell'economia nazionale sull'esigenze del singolo imprenditore – l'impianto officioso che aveva caratterizzato fino ad allora la disciplina precedente si intensifica.

In proposito è significativo il confronto tra la normativa relativa alla composizione delle controversie tra privati che nel codice di procedura del 1866 occupava i primi sette articoli e che nel codice del 1942 è ridotta all'art. 320.

Nella disciplina fallimentare il Tribunale ed il giudice delegato rimangono depositari di un potere palesemente invasivo della gestione ed amministrazione della crisi, per intervento diretto o attraverso la nomina discrezionale dell'organo preposto alla liquidazione. Inoltre, solo il Tribunale ha la potestà di concedere "all'imprenditore onesto e sfortunato"²⁵, dopo aver effettuato un duplice controllo di legalità e meritevolezza, il beneficio del concordato preventivo, che consentiva di eliminare il differente trattamento tra creditori che si realizzava tramite gli accordi stragiudiziali.

Si affermava, dunque, un modello caratterizzato da una prospettiva standardizzata di interesse generale, dove i creditori con le loro esigenze e l'imprenditore, non più *in bonis* ma magari capace di un risanamento, si trovano ad essere non protagonisti di un conflitto fra privati, ma semplici fruitori della procedura, che si muove per impulso d'ufficio, sebbene ispirata da finalità di soddisfazione degli interessi privati dei creditori stessi. L'interesse alla tutela del diritto di credito infatti coincideva con l'interesse superiore alla soppressione ed espulsione dell'impresa ritenuta inefficiente.

²³ D.L., 27 maggio 1915, n. 739 e 25 luglio 1915, n. 1143.

²⁴ In merito si vedano le osservazioni GUIDI, *Il crack della Banca Italiana di Sconto davanti alla critica giuridica*, in *Dir. e prat. comm.*, 1922, I, p. 33; BENEDICENTI, *La moratoria del R. D. L.*, 28 dicembre 1921, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 209.

²⁵ Così testualmente nella Relazione del Guardasigilli, in *Raccolta delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, II, n. 1.

Peraltro, l'istituto del concordato preventivo non tutelava adeguatamente i creditori, giacché consentiva agli imprenditori di evitare il fallimento con il pagamento di una modesta percentuale, beneficiando del divieto di risolvere il concordato mediante cessione. Non prevedeva, inoltre, l'immediata consegna dei beni mobili prima al commissario giudiziale e poi al liquidatore, ben potendo essere distratti da parte dell'imprenditore.

Nelle intenzioni del legislatore con l'introduzione del concordato mediante *cessio bonorum*, si voleva tuttavia riconoscere una qualche autonomia nella gestione della crisi sempre però sotto lo stretto controllo dell'Autorità giudiziaria.

La rigidità e l'inefficienza propria del carattere officioso delle procedure giudiziali previste dalla normativa *ante* riforma hanno incoraggiato l'uso dei concordati stragiudiziali, privi di ogni regolamentazione, soprattutto al fine di tutelare il valore economico dell'impresa e il complesso aziendale. Tali concordati, benché certamente più rischiosi delle procedure concorsuali in termini di responsabilità civile e penale, oltretutto di esposizione alle azioni esecutive e revocatorie, risultavano sicuramente più efficienti in quanto ad un costo inferiore assicuravano maggiore rapidità e consentivano una maggiore riservatezza della crisi, evitando inoltre i controlli giudiziali sulla gestione.

Questi accordi apparivano tollerati: leggendo tra le righe la normativa fallimentare si poteva infatti notare che il legislatore non ignorasse totalmente il fenomeno laddove all'art. 118, il quale ancora oggi annovera i casi di chiusura della procedura fallimentare, si prevedeva al n. 2 che i crediti ammessi al passivo fossero «in altro modo estinti». La qualificazione con cui venivano appellati tali strumenti era appunto quella di "accordi stragiudiziali" dove l'aggettivo evidenziava la subalternità di queste pratiche rispetto alla soluzione giudiziale preferita dal legislatore.

Certa giurisprudenza di merito li considerava tuttavia contratti non meritevoli di tutela ed in frode alla legge in quanto elusivi delle procedure concorsuali minori²⁶. Si ammettevano infatti esclusivamente i concordati relativi a situazioni di crisi reversibili che quindi non potevano dar luogo ad un vero e proprio stato d'insolvenza. Ciò in quanto si riteneva che l'imprenditore commerciale in stato di decozione avesse l'onere di chiedere il proprio fallimento avviando dunque uno dei procedimenti concorsuali tipizzati, giacché qualora avesse percorso la rischiosa via dell'accordo stragiudiziale con un esito infausto sarebbe stato configurabile in tale condotta il reato di bancarotta semplice di cui all'art. 217 n. 4 l. fall., se non il più grave reato di bancarotta preferenziale *ex* art. 216, co. 3, l.

²⁶ Tra le sentenze che dubitavano sulla validità del concordato stragiudiziale si veda *ex multis* le non troppo remote Trib. Ferrara, 28 giugno 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 306, con nota di MENGHI. Per un quadro di sintesi si veda AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 2537.

fall., con conseguente nullità del concordato stragiudiziale per violazione di una norma imperativa²⁷.

Aleggiava il dubbio che con il concordato stragiudiziale si oltrepasse il limite di una legittima difesa di diritti privati, in quanto si riteneva imprescindibile l'intervento dell'Autorità giudiziaria per la necessità di tutelare principalmente la fede pubblica ed il credito sociale.

Ciononostante tali strumenti sono stati riconosciuti validi da varie pronunce di legittimità oltre ad essersi progressivamente affermati nella prassi, specie nei dissesti di maggiori dimensioni²⁸.

Il principale vantaggio offerto dalle convenzioni stragiudiziali è stato la totale libertà delle parti di determinare l'utilizzo ed i contenuti, in quanto consentono al debitore di mantenere la gestione dell'impresa, permettendo di adattare ciascun progetto di salvataggio alle peculiarità dell'impresa, alla possibilità dei partecipanti ed alle condizioni del relativo mercato, con notevole risparmio di costi e di tempo rispetto alle procedure concorsuali legali. Infatti, si evita la perdita dell'avviamento, la senescenza e l'obsolescenza dei beni aziendali che può conseguire in attesa delle vendite nella procedura liquidativa.

Tale negoziato favorisce tuttavia i creditori "forti" i quali possono massimizzare le possibilità di recupero del proprio credito e ottenere pagamenti in spregio alla *par condicio*, mentre i piccoli creditori non in possesso di sufficienti informazioni, non possono essere coinvolti in maniera razionale nelle trattative e, se non troppo parcellizzati, devono quindi essere liquidati a stralcio (fissando una percentuale sull'importo totale dovuto). Di contro, l'imprenditore è indotto ad accettare l'intesa sebbene questa preveda condizioni per lui vessatorie, "aggrappandosi" alla via stragiudiziale pur di evitare la procedura concorsuale.

Risulta dunque evidente la difficoltà di ottenere l'adesione dei creditori dell'impresa in crisi, senza alcuna disposizione che imponga loro di prestare il consenso o di sottomettersi alla decisione della maggioranza, con la costante "spada di Damocle" rappresentata dalla possibile azione esecutiva esperita da uno o più creditori sui beni dell'imprenditore o perfino dall'eventuale successiva

²⁷ In particolare ABETE, *Il concordato stragiudiziale (tra autonomia privata e par condicio)*, cit., 668, affermava l'illiceità del concordato stragiudiziale in forza della legittimazione officiosa del Tribunale alla dichiarazione di fallimento.

²⁸ Per alcuni dati derivanti dall'osservazione della prassi si veda SCALERA, *Utilità o no del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1971, I, p. 13; e BRONZINI, *Il fallimento del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1972, I, p. 110. Più recentemente si richiamano in questa sede gli accordi di risanamento riguardanti i dissesti dei gruppi Belleli, Montedison, Cameli, Varasi-Santavaleria, Serafino Ferruzzi, Tripovich sui quali si veda: F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 488.

dichiarazione di fallimento, accertato d'ufficio (prima della riforma) o su ricorso di parte. Inoltre, l'efficienza degli accordi stragiudiziali è inficiata dalle eventuali asimmetrie informative, dovute alla mancanza di un organo giudiziario dotato di poteri autoritativi tali da permettergli di verificare la veridicità delle prospettazioni offerte dall'imprenditore in crisi.

A ciò si aggiunga che la continuazione dell'attività d'impresa esige sovente l'erogazione di nuova finanza la quale rende opportuno il riconoscimento di una prededucibilità non consolidabile in una soluzione stragiudiziale. L'assenza inoltre di garanzia di stabilità degli acquisti dei terzi costituisce un impedimento alla liquidazione, talvolta necessaria di alcuni settori di produzione.

Infatti, gli accordi di ristrutturazione sono *naturaliter* contraddistinti dall'esigenza di rintracciare nuova finanza ovvero liquidità per mezzo di operazioni di valorizzazione degli *assets* e dei beni aziendali reputati non strategici, in modo tale da permettere la prosecuzione dell'attività d'impresa e il pagamento dei creditori. La volatilità di alcuni *assets* aziendali strettamente associati al c.d. *going concern* comporta una perdita effettiva di valori economici nell'ambito delle crisi d'impresa, se non è compensata da una gestione capace di creare le condizioni per ottenere l'erogazione di nuova finanza.

Bisogna inoltre considerare l'esposizione, una volta dichiarato il fallimento, alla revocatoria fallimentare e al rischio di essere qualificati penalmente illeciti. È infatti concreta la possibilità, per gli istituti di credito che abbiano erogato nuova finanza in esecuzione dell'accordo, di essere sottoposti all'imputazione per bancarotta e ricorso abusivo al credito, e per l'imprenditore di essere imputato sia di bancarotta semplice per aver aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento, sia di bancarotta preferenziale ai sensi dell'art. 216 l. fall. Gli accordi stragiudiziali risultavano dunque in bilico tra possibilità di realizzare il risanamento dell'impresa ed il pericolo di essere incriminati per aver concorso ad aggravare il dissesto.

Da qui l'esigenza, accolta dalla stagione delle riforme fallimentari, di regolamentare tali strumenti tramite la previsione dell'art. 182-bis l. fall., diretto a salvare il compendio produttivo dell'impresa in crisi. Si raffigura un istituto fortemente connotato da un profilo privatistico e al contempo munito di garanzie e di tutele che ne assicurino una migliore efficacia. Si ribalta quindi la prospettiva officiosa della legge del '42 in base all'assunto che le parti private della crisi siano i migliori tutori dei loro interessi, rifiutando al contempo la concezione assistenzialistica della già vista legislazione iniziata negli anni Settanta.

6. L'INCONTRO VIRTUOSO TRA AUTONOMIA E INSOLVENZA.

All'accentuazione del profilo negoziale corrisponde – quale tratto di fondo della nuova disciplina concorsuale – l'individuazione della giurisdizione in sé come fattore anticompetitivo, in quanto questa costituisce una delle maggiori cause di rallentamento e del costo elevato della procedura, oltre ad essere spesso d'ostacolo ai tentativi di risanamento delle imprese.

L'intervento dell'Autorità giudiziaria nella gestione della crisi dell'impresa si è viepiù attenuato a vantaggio dell'esperimento di soluzioni stragiudiziali a prescindere dalla prospettiva individuata nel risanamento dell'impresa ovvero nella sua liquidazione. Tuttavia, è evidente come l'arretramento del ruolo giudiziale si giustifichi maggiormente allorché si debba continuare un'attività economica per cui si dimostra più coerente ed efficiente adottare le regole che hanno precedentemente retto quell'attività rispetto ad affidarla ad un soggetto che non garantisce specifiche competenze economiche. È possibile infatti osservare un progressivo affievolimento del ruolo di *dominus* della procedura e dei destini dell'impresa tradizionalmente attribuito all'organo giudiziario.

In presenza di un ceto creditorio composito e di numero elevato, qualora le attività dell'imprenditore si rivelino inferiori alle passività, vi è, infatti, il concreto rischio che i creditori distruggano risorse nel tentativo di appropriarsi prima possibile del patrimonio del debitore per soddisfare le loro pretese. Tale meccanismo comporta necessariamente la liquidazione dell'impresa con una perdita collettiva, visto che sovente l'azienda nel suo insieme risulta avere un valore complessivo superiore alla somma dei singoli beni.

Gli accordi di ristrutturazione consentono invece o di preservare l'impresa in un'ottica di continuità o di liquidare l'attivo in maniera ordinata ed efficiente, facendo gestire all'imprenditore ed ai creditori aderenti tale delicata fase – con la previsione di garanzie per i creditori rimasti estranei – impedendo il c.d. "assalto alla diligenza".

7. GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI COME CONTRATTO DI DIRITTO PRIVATO.

È possibile, quindi, considerare gli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182-bis l. fall. come la naturale evoluzione degli accordi stragiudiziali, implementati e puntellati da tutele legali. Infatti, le problematiche già evidenziate con riferimento agli accordi stragiudiziali sono state recepite, pur non in un'unica riforma, dalle novelle che a partire dalla seconda metà degli anni 2000 hanno implementato l'istituto degli accordi di ristrutturazione.

In particolare è stata ampliata la protezione del patrimonio dell'imprenditore che intende accedere all'istituto. Infatti, la riforma di cui al d.lgs. n. 169 del 2007 ha introdotto la sospensione delle azioni cautelari o esecutive dei creditori per titolo e causa anteriore sul patrimonio del debitore, per sessanta giorni a partire dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese. Con la novella di cui al d.l. n. 78 del 2010 si è poi assistito ad un'ulteriore dilatazione della tutela patrimoniale, nel solco dell'ordinamento statunitense, impedendo che il patrimonio destinato a sostenere l'operazione di ristrutturazione possa essere disgregato dalle azioni esecutive dei singoli creditori insoddisfatti già durante le trattative.

La stessa riforma del 2010, con la novella di cui all'art. 182-*quater* l. fall., ha, altresì, assegnato alla c.d. nuova finanza, ovvero ai finanziamenti concessi "in esecuzione" dell'accordo omologato un rango prededucibile, in modo da favorire la circolazione di ricchezze immobilizzate in tempi più brevi, con sacrifici ripartiti teoricamente su più soggetti.

Da ultimo, la recente legge n. 134 del 2012 ha reso possibile il passaggio dal concordato preventivo agli accordi di ristrutturazione dei debiti (e viceversa) anche nel corso di un'istruttoria fallimentare, conservando inalterate le tutele delle trattative e anzi, anticipandole nel tempo con l'introduzione del c.d. concordato preventivo c.d. "in bianco".

Gli accordi di ristrutturazione conservano anche dopo le su menzionate riforme la loro natura essenzialmente contrattuale. Infatti, in tale istituto si verificano le dinamiche prettamente negoziali, difettando invece gli elementi tipici che connotano le procedure concorsuali²⁹.

Tramite gli accordi di ristrutturazione il diritto fallimentare, invero, adotta una forma di contratto rafforzato dalla presenza del giudice in funzione stabilizzatrice: non più *iudex gestor* ma *iudex statutor*. Il giudice non esercita infatti alcun controllo sulla gestione del debitore dopo il deposito dell'accordo o dopo l'omologazione, né la legge stabilisce un trattamento predeterminato o comunque paritario dei creditori aderenti.

Si nota quindi l'assenza di una procedimentalizzazione in quanto dalla lettera della norma emerge come non sussista un provvedimento di apertura, né sia presente la nomina di organi quali un giudice delegato, un commissario, un

²⁹ Sia consentito in merito il rinvio a NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2012, p. 376. Si vedano, inoltre, le lucide riflessioni di AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO, *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2008, p. 172. Per una differente visione si vedano *ex multis* le riflessioni di MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.*, in *Corr. giur.*, 2010, 2, p. 245, e FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, p. 151.

amministratore giudiziale, ovvero un comitato dei creditori. Le parti agiscono infatti nel pieno esercizio della loro autonomia contrattuale, stabilendo tempi e modalità della formazione dell'accordo. L'imprenditore in crisi, inoltre, resta *dominus* dell'impresa non realizzandosi alcun spossessamento.

Inoltre, manca il carattere dell'officiosità e non opera la regola della maggioranza, in quanto la circostanza che essa sia raggiunta con il sessanta per cento dell'esposizione debitoria rappresenta solo una soglia di rilevanza esterna ed oggettiva di affidabilità del tentativo di risanamento. Tale percentuale integra una condizione per l'omologazione, potendo di conseguenza essere conseguita anche quando gli accordi sono già in corso di esecuzione.

La mancata soggezione alle regole concorsuali non si arresta, peraltro, neppure alla deroga al principio della *par condicio creditorum* là dove ciascun creditore raggiunge un accordo con l'imprenditore convenendo qualsiasi tipo di trattamento del suo credito. Infatti, l'istituto *ex art. 182-bis l. fall.* non coinvolge tutti i creditori, i quali non sono organizzati come collettività dei creditori ma come somma di tante teste. Risulta dunque assente anche l'elemento di universalità proprio delle procedure concorsuali. Pertanto, l'imprenditore in crisi può regolare, nel pieno rispetto dell'autonomia privata, la definizione dei rapporti al fine di ottenere un sufficiente numero di consensi e scegliere i creditori cui proporre l'accordo.

Nondimeno, la caratteristica essenziale che non consente di annoverare gli accordi di ristrutturazione tra le procedure concorsuali è la mancanza della finalità di regolazione del dissesto in ossequio al principio del concorso. Invero, l'istituto di cui all'*art. 182-bis l. fall.*, benché presenti l'inibizione delle azioni individuali, non presenta una concorsualità né di ordine processuale, come volta a preservare la *par condicio creditorum*, esauendosi nell'attuare il principio di universalità della responsabilità patrimoniale, né di ordine sostanziale, volta ad assicurare una gestione unitaria della crisi approntando un regime normativo quale quello che disciplina l'espressione del voto nel concordato preventivo. Infatti, difetta una sovrastruttura che vigila sulla gestione e sulla regolare attuazione degli accordi che il giudice deve omologare, e inoltre il divieto di esperire azioni esecutive e cautelari ha un'efficacia limitata a sessanta giorni.

Inoltre, il procedimento di concessione della protezione della fase delle trattative rappresenta una misura automatica che deriva non da un provvedimento giudiziale ma direttamente dalla legge, e che termina necessariamente dopo sessanta giorni dalla pubblicazione, dopo i quali il diritto dei creditori di aggredire il patrimonio dell'imprenditore si riespande. La moratoria delle azioni esecutive è quindi meramente funzionale a facilitare la riuscita dell'operazione, proteggendo l'accordo dall'azione dei creditori *c.d. free riders*. Il legislatore della riforma, inoltre, ha voluto porre l'imprenditore più che l'accordo in una "campana di vetro" in vista dell'omologazione, in quanto la proposta di accordo depositata ai

sensi del co. 6 dell'*art. 182-bis l. fall.*, potrebbe essere anche totalmente differente dall'accordo depositato ai fini dell'omologa, senza che sussista alcun obbligo di corrispondenza.

Alla natura contrattuale degli accordi non osta neppure il trattamento riservato ai creditori non aderenti in quanto il pagamento integrale dei creditori estranei rappresenterebbe un elemento fondante l'accordo stesso. Infatti, l'assicurazione dell'integrale pagamento per i creditori che non sottoscrivono l'accordo è una condizione dell'omologabilità della ristrutturazione, ovvero un requisito *ex lege* per ottenere l'esenzione dall'azione revocatoria. In altre parole, l'integrale soddisfazione dei creditori estranei rileva non in quanto requisito dell'atto, bensì come condizione esterna ad esso, non certo integrante una condizione di validità³⁰.

Al pari, non si può ritenere rilevante ai fini della qualificazione la *c.d. moratoria* di pagamento fino a quattro mesi per i creditori estranei, prescritta dall'ultima riforma del 2012 all'*art. 182-bis l. fall.*: il contratto di cui all'*art. 182-bis l. fall.* produce infatti certamente effetti *ultra vires* sul piano oggettivo, ma non su quello soggettivo.

In particolare, la norma che prescrive una *c.d. moratoria* di quattro mesi non impone un differimento operante *ex lege* dell'originario termine di scadenza dell'obbligazione, ma incide sul profilo dell'esigibilità dei crediti, i quali non saranno esigibili benché scaduti. Peraltro, lo stesso *art. 1372 c.c.* nell'escludere che il contratto produca effetti per i terzi, fa salvi i casi previsti dalla legge.

Pertanto, l'accordo di ristrutturazione anche dopo l'introduzione della *c.d. moratoria* per i creditori estranei, resta una *res inter alios acta*, coerentemente con l'assunto, affermato dalla nota pronuncia di legittimità sul *c.d. caso Meroni*, per cui il principio dell'*art. 1372 c.c.* non riguarda "gli effetti riflessi che il contratto, per il solo fatto della sua esistenza, può produrre anche fuori della sfera giuridica dei contraenti"³¹.

8. CONCLUSIONI.

Nell'armamentario offerto dal legislatore nella stagione delle riforme, l'accordo di ristrutturazione dei debiti delle imprese in crisi di cui all'*art. 182-*

³⁰ In tal senso, cfr. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, in DI MARZIO e MACARIO, a cura di, *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 233, *contra* DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Dir. fall.*, 2011, p. 8, che lo considera un requisito per l'omologa.

³¹ In merito cfr. Cass., sez. un., 16 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, p. 142.

bis 1. fall. incarna, dunque, lo strumento principe in cui si esalta l'incontro tra autonomia negoziale e insolvenza, espressione del nuovo corso che privilegia la volontà dei creditori limitando l'intervento giurisdizionale e i rimedi concorsuali a carattere processual-pubblicistico³².

Si verifica, in questo senso, una sorta di "ritorno al futuro" dal momento che si recupera, sotto l'insegna del diritto comune, quella vicinanza tra la disciplina delle imprese e la materia fallimentare, poi interrotta dal legislatore del '42, che caratterizzava anche topograficamente il codice di commercio del 1882, in cui era presente l'accordo amichevole di natura contrattuale.

A tale vicinanza corrisponde adesso una nuova considerazione della crisi come fenomeno fisiologico nella vita delle imprese le quali possono utilizzare il dissesto per risanarsi mediante il c.d. *turnaround* e, come l'araba fenice, tornare a produrre valore, non su impulso del pubblico potere, ma valorizzando le istanze delle voci del mercato all'interno di una nuova cornice normativa.

³² In generale sul vigore e sulla continua centralità del codice civile ed in particolare della parte generale del diritto dei contratti si vedano le riflessioni di BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 347; BUSNELLI, *Tramonto del codice civile?*, in *Leggi, giudici, politica. Le esperienze inglese e italiana a confronto*, Milano, 1983, p. 211.

Metodo storico, storia di un metodo: stagioni e "mode" della semplificazione normativa in Italia

di Fabio Pacini

SOMMARIO: 1. Premessa: complessità e confini della semplificazione. – 2. Dagli albori al "Rapporto Giannini". – 3. L'estensione del dibattito: i tempi cambiano, i dogmi s'incrinano. – 4. Dagli anni Novanta all'ultima (per ora?) legge di semplificazione. – 5. Gli sviluppi più recenti, tra finte ordalie e prospettive incerte.

«[...] bisogna tener presente il fatto che un ordinamento giuridico è una forma complessa, e non quindi semplicemente una somma o un aggregato di parti, che va affrontato in maniera non meccanica, facendo ricorso alla teoria dell'olismo, cioè a dire, dizionario alla mano, di una "teoria biologica (estensibile anche a scienze umane e sociali) che attribuisce all'organismo maggiore valore di completezza e di perfezione rispetto alla somma delle parti in cui esso è suddiviso". Spero di aver reso l'idea»¹.

I. PREMESSA: COMPLESSITÀ E CONFINI DELLA SEMPLIFICAZIONE.

Con la frase in epigrafe, l'Autore alla cui memoria questi scritti sono dedicati avverte chi si accinge a studiare il suo *Corso di legislazione bancaria*: l'ordinamento giuridico non dev'essere affrontato in maniera ottusamente «meccanica», a meno di voler contribuire a «svilir[ne] il concetto [...] ad una sorta di scialbo insieme aritmetico di norme»². L'avvertimento è prezioso in ogni ambito del diritto, ma diventa indispensabile allorché si tenti una riflessione (o un'operazione) che riguardi l'ordinamento stesso, come una politica ad ampio raggio di semplificazione normativa³. Peraltro, pur se in questo scritto s'intende mantenere lo sguardo sul solo ordinamento italiano, non si può non dar conto dell'estrema difficoltà di tracciarne i confini stessi, dato che la cifra dell'attuale "complessità"

¹ BELLI, *Corso di legislazione bancaria. Legislazione bancaria italiana (1861-2010)*, Pisa, 2010, p. 7.

² *Ibidem*.

³ Di estremo interesse, anche a questo proposito, CALBUCCI, *La complessità del diritto e il diritto della complessità*, in *Id.*, a cura di, *La complessità del diritto dalla demagogia della semplificazione alla pedagogia della complessità in campo giuridico*, Napoli, 2008, pp. 11 ss.